

Nieuws uit het westen: meerouderschap en draagmoederschap in British Columbia

Machteld Vonk¹

1. Inleiding

Op 9 februari 2015 stond op de website van de Canadese tv-zender CBC het bericht dat het eerste kind uit de provincie British Columbia met drie ouders op haar geboorteakte een broertje heeft gekregen dat net als zijn zusje drie ouders heeft: twee moeders en een vader. Het meisje is geboren uit de ene moeder en het jongetje is geboren uit de andere moeder en beide zijn verwekt met het zaad van de vader. De moeders en de vader oefenen gezamenlijk het gezag over de kinderen uit. Een dergelijk arrangement is sinds maart 2013 mogelijk in British Columbia, Canada. Deze regeling maakt deel uit van een grondige herziening van het provinciale familierecht, die heeft geresulteerd in de *Family Law Act* (hierna FLA) die een breed scala aan familierechtelijke onderwerpen regelt, zoals afstamming, gezag, omgang, alimentatie, verdeling na scheiding, buitengerechtelijke conflictoplossing en huiselijk geweld. Deel 3 (*parentage*) van de FLA bevat een uitgebreide regeling voor juridisch ouderschap die ook moderne vormen van voortplanting en ouderschap, zoals draagmoederschap, postmortale voortplanting en meerouderschap omvat. In een aantal gevallen is een vóór de conceptie gemaakte schriftelijke overeenkomst een vereiste voor het totstandkomen van ouderschap na de geboorte. Daarnaast bevat deel 4 van de FLA een uitgebreide regeling met betrekking tot zorg voor en tijd met kinderen, waarin ook met meeroudergezinnen rekening is gehouden. Ook in Nederland is de mogelijkheid om ouderschap in nieuwe gezinnen juridisch te regelen onderwerp van discussie. Zo is in 2013 is onderzoek gedaan naar de mogelijkheden voor meeroudergezag² in Nederland voor kinderen met meer dan twee opvoeders in opdracht van het Ministerie van Justitie en in april 2014 is de Staatscommissie Herijking ouderschap ingesteld die onderzoek moet doen naar het afstammingsrecht, meeroudergezag, draagmoederschap en adoptie.³ In dit kader is het zeker interessant om deze regelingen in de FLA nader te bekijken en te bezien in hoeverre ze relevant kunnen zijn voor de discussie in Nederland.⁴ Bij de kritische beschouwing van deze regelingen staan de volgende vragen centraal: welke vormen van ouderschap kunnen geregeld worden bij schriftelijke overeenkomst en welke rol speelt biologische of genetische verwantschap daarbij, welke status heeft de schriftelijke overeenkomst (conflicten en afdwingbaarheid) en welke invulling is bij deze regelingen gegeven aan het belang van het kind.

2. Inkadering van de ouderschapsregelingen in de FLA

De ouderschapsregeling in de FLA is deels gebaseerd op eerdere jurisprudentie uit British Columbia en andere Canadese provincies⁵ en op de in 2010 gepubliceerde Canadese modelwet *Uniform Child*

¹ Machteld Vonk is UD en Meijers Research Fellow familie- en jeugdrecht bij de Afdeling Jeugdrecht van de Universiteit Leiden. Het onderzoek voor deze bijdrage is gedaan tijdens een verblijf als *visiting scholar* aan de rechtenfaculteiten van de University of British Columbia te Vancouver en de University of Victoria te Victoria BC.

² M. Antokolskaia et al., *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek*, Boom Juridische Uitgevers, 2014.

³ Regeling van 28 april 2014, nr. 512296, houdende instelling van een staatscommissie Herijking ouderschap, Staatscourant 2014, nr. 12556.

⁴ Een aanzet hiertoe is bijvoorbeeld gegeven in mijn artikel 'Een huis voor alle kinderen – de juridische verankering van meeroudergezinnen in het afstammingsrecht', *NJB* 2014 nr. 33.

⁵ Er is in deze bijdrage geen ruimte om op deze jurisprudentie in te gaan maar de volgende uitspraken zijn in ieder geval relevant geweest: *Gill, Maher, Murray and Popoff v. Ministry of Health* [2001] B.C.H.R.T.D., No. 34; *Rypkema v. British Columbia* 2003 BCSC 1784, 233 DLR (4th) 760, [2004] 3 WWR 712; *A.A. v B.B.*, 2007 ONCA 2, 83 OR (3d) 561; *D.W.H. v D.J.R.*, 2011 ABQB 608, supplemental reasons 2011 ABQB 791 [DWH QB], aff'd 2013 ABCA 240, 280 DLR (4th) 90 [DWH CA]; *Pratten v. British Columbia* 2012 BCCA 480. Zie hierover ondermeer Barbara Findlay QC and Zara Suleman, *Baby steps*:

Status Act.⁶ De regulering van het familierecht is grotendeels aan de provincies overgelaten, maar een aantal onderwerpen is aan de federale wetgever voorbehouden,⁷ zoals kunstmatige voortplanting (geregeld in de *Human Assisted Reproduction Act*), echtscheiding (geregeld in de *Divorce Act*) en daarnaast moet provinciale (en federale) wetgeving voldoen aan de rechten neergelegd in de *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁸ Uit de *Human Assisted Reproduction Act* zijn in ieder geval twee uitgangspunten van belang in het kader van dit artikel. Ten eerste moet de gezondheid en het welzijn van kinderen die geboren worden door middel van kunstmatige voortplanting prioriteit hebben bij alle beslissingen omtrent het gebruik van voortplantingstechnieken (s. 2(a) AHRA) en ten tweede is het niet toegestaan een vrouw voor haar diensten als draagmoeder te betalen (s. 6(1) AHRA) of om zaadcellen, eicellen of embryo's te kopen (s. 7 AHRA).

3. Ouderschap op basis van schriftelijke overeenstemming voor de conceptie

In de FLA wordt onderscheid gemaakt tussen juridisch ouderschap na natuurlijke conceptie en juridisch ouderschap na kunstmatige voortplanting met of zonder donormateriaal. Indien er een zwangerschap is ontstaan door geslachtsgemeenschap zijn de geboortemoeder en de biologische vader de juridische ouders van het kind.⁹ In geval van een zwangerschap ontstaan met behulp van kunstmatige voortplanting (anders dan in het kader van draagmoederschap) is de geboortemoeder de juridische moeder en is haar partner (met wie zij is gehuwd of een op een huwelijk lijkende relatie heeft), de andere juridische ouder indien hij of zij heeft ingestemd met het juridisch ouderschap vóór de conceptie van het kind.¹⁰ Deze regeling geldt ook als het huwelijk of de relatie binnen 300 dagen voor de geboorte van het kind is ontbonden of verbroken. Stemt de partner van de geboortemoeder niet in met het juridisch ouderschap, dan wordt hij of zij geen juridisch ouder.¹¹ Op grond van schriftelijke overeenstemming kunnen echter ook anderen dan de partner van de geboortemoeder de status van juridisch ouder verwerven wanneer sprake is geweest van kunstmatige voortplanting. Dit kan enerzijds in geval van draagmoederschap, waar de geboortemoeder haar juridisch ouderschap overdraagt aan de wensouders, en anderzijds in geval van meerouderschap, waar de geboortemoeder (en eventueel haar partner) met een of twee anderen overeenkomt dat zij allen de status van juridisch ouder verwerven bij de geboorte van het kind. In deze beide gevallen moet er vóór de conceptie van het kind een schriftelijke overeenkomst zijn gesloten waarin de bedoelingen van partijen zijn vastgelegd. Deze bijdrage richt zich op de regelingen in de FLA met betrekking tot ouderschap na kunstmatige voortplanting, waarbij eerst de regeling voor draagmoederschap en vervolgens de regelingen voor meerouderschap¹² en meeroudergezag worden besproken.

3.1 Draagmoederschap

De FLA bevat een aparte regeling voor juridisch ouderschap na draagmoederschap op basis van schriftelijke overeenstemming.¹³ Een of twee wensouders kunnen met een vrouw afspreken dat zij een kind draagt en baart en het kind na de geboorte aan hen overdraagt, zodat zij de juridische

Assisted reproductive technology and the B.C. Family Law Act, the continuing legal education society of British Columbia (CLE British Columbia) January 2013. http://www.barbarafindlay.com/uploads/9/9/6/7/9967848/baby_steps.pdf

⁶ <http://ulcc.ca/en/home-en-gb-1/86-josetta-1-en-gb/uniform-actsa/child-status-act/1371-child-status-act-2010>. Deze modelwet is in 2010 opgesteld door de *Uniform Law Conference of Canada* en bevat een bepaling voor ouderschap na kunstmatige voortplanting, voor ouderschap na draagmoederschap en voor meerouderschap.

⁷ Zie hierover bijvoorbeeld: <http://www.canada.justice.gc.ca/eng/fl-df/fjs-sjf/rep-rap/s3.asp>

⁸ Zie voor meer informatie over de in 1982 in werking getreden *Charter*: N. Bala en R. Leckey, *Family Law and the Charter's first 30 years: An Impact Delayed, Deep and Declining but Lasting*, *Canadian Family Law Quarterly*, 32 CFLQ p. 22-52.

⁹ s. 26 FLA.

¹⁰ s. 27 FLA. Deze toestemming hoeft niet schriftelijk te worden gegeven.

¹¹ Aangezien de instemming niet schriftelijk hoeft te worden gegeven, kunnen over de vraag of er al dan niet is ingestemd conflicten ontstaan.

¹² Deze regeling is te vinden in s. 31 FLA.

¹³ Deze regeling is te vinden in s. 29 FLA.

ouders worden van het kind.¹⁴ In dat geval treedt de vrouw op als draagmoeder en moet ingevolge s. 29 FLA voor de conceptie aan de volgende eisen worden voldaan: (i) het kind moet worden verwekt via kunstmatige voortplanting¹⁵ en (ii) er moet voor de conceptie van het kind een schriftelijke overeenkomst zijn opgesteld tussen de draagmoeder en de wensouder(s)¹⁶ waarin in ieder geval de volgende afspraken zijn opgenomen: (a) de draagmoeder zal een kind dragen dat is verwekt door middel van kunstmatige voortplanting en wanneer het kind is geboren wordt de geboortemoeder niet de juridische moeder van het kind,¹⁷ (b) zij zal het kind overdragen aan de wensouders¹⁸ en (c) de wensouders zullen de juridische ouders worden van het kind.¹⁹ Wanneer één van de partijen zich voor de conceptie van het kind uit de overeenkomst terugtrekt, is de overeenkomst niet langer geldig.²⁰ Dit betekent overigens niet dat deze pre-conceptuele overeenkomst afdwingbaar is wanneer een van de partijen na de conceptie van het kind van gedachten verandert.²¹ Er worden in de regeling overigens geen eisen gesteld aan wie de eicel- en zaadcel leveren voor het kind. Die kunnen afkomstig zijn van anonieme donoren, van de wensouders of van de draagmoeder en een van de wensouders etc. Het enige vereiste met betrekking tot de manier waarop de zwangerschap van de draagmoeder tot stand komt, is dat dit **niet** via geslachtsgemeenschap geschiedt.

Vervolgens moet na de geboorte van het kind aan de volgende voorwaarden worden voldaan: (i) de moeder geeft schriftelijke toestemming om het kind aan de wensouder(s) over te dragen²² en (ii) de wensouder(s) nemen het kind in hun gezin op.²³ Na de geboorte dienen de wensouder(s) een geboorteregistratieformulier in bij de *Vital Statistics Agency* vergezeld van een verklaring van de draagmoeder dat zij het kind overdraagt aan de wensouders en een verklaring van de wensouders dat zij het kind opnemen in hun gezin. Vervolgens wordt een geboorteakte opgemaakt met de wensouder(s) als juridische ouders. Uit de geboorteakte is niet op te maken dat het kind via draagmoederschap ter wereld is gekomen. Geeft de draagmoeder geen toestemming of nemen de wensouders het kind niet in hun gezin op, dan komt er niet zonder meer op grond van de overeenkomst juridisch ouderschap tot stand. Hiervoor is een gang naar de rechter nodig.²⁴

Voor de inwerkingtreding van de FLA konden wensouders via een *declaration of parentage* het juridisch ouderschap over een kind verkrijgen indien alle partijen het hiermee eens waren.²⁵ Voor ouders uit provincies of landen waar overdracht van ouderschap na draagmoederschap zonder rechterlijke tussenkomst niet of minder makkelijk wordt erkend, blijft de mogelijkheid om een *declaration of parentage* bij de rechter te verzoeken op grond van s. 31 FLA bestaan. Deze mogelijkheid bestaat ook voor Nederlandse paren die gebruik maken van een draagmoeder uit British Columbia. De FLA kent zelf een ruime erkenningsregeling zonder rechterlijke tussenkomst van *declaratory parentage orders* uit andere jurisdicties.²⁶ Interessant is dat de *Law Reform Commission* van de Canadese provincie Manitoba in zijn recente rapport verwijst naar deze regeling in de FLA en daarbij opmerkt dat de Commissie aanbeveelt de erkenning van buitenlandse geboorteakten via een rechterlijke beslissing te laten verlopen. '*Considering the policy implications and risks associated with international surrogacy arrangements, the Commission takes the view that extra-provincial*

¹⁴ s. 29 FLA.

¹⁵ s. 29(2)(a) FLA.

¹⁶ s. 29 (2)(a) FLA.

¹⁷ s. 29(2)(b)(i) FLA.

¹⁸ s. 29(2)(b)(ii) FLA.

¹⁹ s. 29(2)(b)(iii) FLA.

²⁰ s. 29(3)(a) FLA.

²¹ Zie hierover verder sectie 4: *De status van de gemaakte afspraken*.

²² s. 29 (3)(b)(1) FLA.

²³ s. 29(3)(b)(ii) FLA.

²⁴ Zie hierover verder sectie 4: *De status van de gemaakte afspraken*.

²⁵ Dit op basis van de uitspraak in de zaak *Rypkema v. British Columbia* 2003 BCSC 1784, 233 DLR (4th) 760, [2004] 3 WWR 712.

²⁶ s. 35-36 FLA.

*parentage orders issued outside Canada ought to be recognized through a judicial rather than an administrative process.*²⁷

3.2 Meerouderschap

Op grond van section 30 van de FLA is het mogelijk dat een kind meer dan twee ouders krijgt bij de geboorte.²⁸ Dit kan op twee manieren:

variant a: de geboortemoeder en haar partner worden samen met de zaad- en/of eiceldonor²⁹ juridisch ouder (s. 30 (1)(b)(ii) FLA); of

variant b: de geboortemoeder wordt samen met een of twee wensouders juridisch ouder (s. 30(1)(b)(i) FLA).

In beide situaties moet aan de volgende eisen worden voldaan: er moet voor de conceptie van het kind een schriftelijke overeenkomst zijn gemaakt tussen de geboortemoeder en de andere potentiële ouder(s)³⁰ waarin is overeengekomen (a) dat de potentiële geboortemoeder, de geboortemoeder zal zijn van een kind verwekt door middel van kunstmatige voortplanting³¹ en (b) dat de partijen bij de overeenkomst allen juridisch ouder worden van het kind bij geboorte.³² Is aan deze eisen voldaan, dan zijn de partijen bij de overeenkomst alle twee, drie (of vier) juridisch ouder van het kind bij geboorte.³³ Wanneer een van de partijen zich echter vóór de conceptie uit de overeenkomst terugtrekt, is de overeenkomst niet langer geldig.³⁴ Dit geldt ook indien een van de partijen voor de conceptie komt te overlijden.

Variant a: Geboortemoeder, haar partner en zaad en/of eiceldonor (s. 30(1)(b)(ii) FLA)

Variant a biedt aan verschillende constellaties van personen de mogelijkheid om juridisch ouder te worden, hetgeen kan leiden tot een maximum van vier juridische ouders. Belangrijk daarbij is dat degenen die naast de geboortemoeder en haar partner juridisch ouder kunnen worden, genetisch verwant moeten zijn met het kind doordat ze een zaad- of eicel hebben geleverd. Bovendien wordt de partner van de geboortemoeder, indien voldaan is aan de voorwaarden van s. 27 FLA, automatisch juridisch ouder. Daarbij is haar of zijn instemming met het juridisch ouderschap een voorwaarde zoals hierboven beschreven.

De meest voor de hand liggende constellatie van personen betreft hier de geboortemoeder die met haar vrouwelijke partner en de biologische vader van het kind besluiten alle drie ouder te worden. Zoals hierboven beschreven stellen ze daartoe een schriftelijke overeenkomst op voor de conceptie. Na de geboorte van het kind doen ze samen aangifte bij de daartoe aangewezen instantie (*Vital*

²⁷ Manitoba Law Reform Commission: Manitoba Law Reform Commission, *Assisted reproduction: Legal parentage and birth registration*, Issue paper, April 2014, p. 38.

²⁸ Aan de vraag of meerouderschap buiten British Columbia wordt erkend is weinig aandacht besteed tijdens de voorbereiding van de FLA. Dit zal afhangen van de erkenningsregelingen die in de provincie of de staat waar de ouders naartoe verhuizen gelden. Stel dat een Nederlandse vrouw met een Canadese vrouw is getrouwd en in Vancouver woont; zij gaan een meerouderschapsovereenkomst aan met een Canadese man, waardoor zij alle drie juridisch ouder worden. Verhuizen ze vervolgens naar Montreal, dan bepaalt de erkenningsregeling van de provincie Quebec of dit meerouderschap wordt erkend. Dat geldt evengoed als ze naar Nederland of naar de VS verhuizen.

²⁹ s. 20(1) FLA: "**donor**" means a person who, for the purposes of assisted reproduction other than for the person's own reproductive use, provides

(a) his or her own human reproductive material, from which a child is conceived, or

(b) an embryo created through the use of his or her human reproductive material;

s. 20(1): "**human reproductive material**" means a sperm, an ovum or another human cell or human gene, and includes a part of any of them;

³⁰ s. 30(1) FLA.

³¹ s. 30(1)(c)(i) FLA.

³² s. 30(1)(c)(ii) FLA.

³³ s. 30(2) FLA.

³⁴ s. 30(3) FLA.

Statistics Agency) en wordt een geboortekte met drie ouders opgemaakt. Andere mogelijke constellaties betreffen twee vrouwen en een eiceldonor die alle drie juridisch ouder worden van het kind of een vrouw en een man die samen met de eiceldonor of de zaaddonor juridisch ouder worden van het kind.³⁵

Variant b: Geboortemoeder en wensouder(s)

Ook kan de geboortemoeder met een of twee wensouders afspreken dat ze alle twee of drie juridisch ouder worden van het kind dat zij baart.³⁶ Als ze dit met twee wensouders afspreekt, is vereist dat deze wensouders of gehuwd zijn, of een relatie hebben die op een huwelijk lijkt. Dit stel kan bestaan uit twee mannen, twee vrouwen of een man en een vrouw. Of een van de betrokken potentiële juridische ouders genetisch materiaal levert voor het kind is daarbij niet relevant. Alleen de bedoeling van de partijen voorafgaand aan de conceptie van het kind is relevant. Het is in theorie mogelijk dat de geboortemoeder een schriftelijke overeenkomst sluit met een man/vrouw stel, zwanger wordt met een anoniem gedoneerd embryo en vervolgens een kind baart waaraan noch zij, noch de andere twee juridische ouders genetisch verwant zijn. De meest waarschijnlijke constellatie van personen die gebruikt zal maken van variant b, bestaat uit een homostel dat samen met de geboortemoeder een kind op wil voeden dat ontstaan is uit haar eicel en het zaad van een van de mannen. Als zij de regels neergelegd in s. 30 FLA hebben gevolgd, dan zijn ze vanaf de geboorte van het kind alle drie juridisch ouder. Groot verschil met het draagmoederschap dat hierboven is besproken, is dat de geboortemoeder juridisch ouder blijft en het ouderschap met de wensouder(s) deelt in plaats van aan hen overdraagt.

3.3.1 Gezag bij meerouderschap

Deel 4 van de FLA betreft de zorg voor en tijd met kinderen.³⁷ Het centrale uitgangspunt in dit deel is dat bij alle afspraken en rechterlijke beslissingen over dit onderwerp, het belang van het kind de enige overweging vormt.³⁸ Een juridische ouder heeft in beginsel gezag over zijn kind, ook wanneer de ouders niet meer samenleven.³⁹ Een ouder die nooit met een kind heeft samengeleefd, heeft in beginsel echter geen gezag, tenzij hij of zij ouder is geworden op grond van een pre-conceptuele meerouderschapsovereenkomst zoals hierboven besproken;⁴⁰ of de ouder en de gezagsdragers over het kind overeenkomen dat de ouder ook gezag heeft;⁴¹ of de ouder regelmatig voor het kind zorgt.⁴² Een persoon die geen ouder is, kan niet door overeenkomst met de gezagsdragers ook gezag krijgen.⁴³ Hij kan echter wel op grond van een rechterlijke beslissing gezag krijgen indien dit in het

³⁵ In theorie zou een kind ook vier ouders kunnen hebben onder deze regeling, wanneer de geboortemoeder en haar partner een kind krijgen via een bekende eiceldonor en een bekende zaaddonor. Dan zouden zowel de geboortemoeder, haar partner, de eiceldonor en de zaaddonor juridische ouders van het kind kunnen worden als zij dit voor de conceptie van het kind via kunstmatige inseminatie met elkaar afspreken.

³⁶ s. 30(1)(b)(i) FLA.

³⁷ In Part 4 van de FLA (*Care of and time with children*) staan de concepten *guardianship*, *parenting arrangements*, *parental responsibilities*, *parenting time* en *contact* centraal. *Guardianship* houdt verantwoordelijkheid voor kinderen in en *parental responsibilities* geven vorm aan deze verantwoordelijkheid. *Parenting time* verwijst naar de tijd die een *guardian* heeft met een kind en *contact* de tijd die een persoon die geen *guardian* is heeft met een kind. Een *parenting arrangement* is de manier waarop *guardians* in de praktijk vorm geven aan hun ouderschap, dit kan een informeel arrangement zijn of gebaseerd zijn op een formele overeenkomst of rechterlijke beslissing. Alleen *guardians* kunnen *parental responsibilities* en *parenting time* hebben. De term *guardian* is vertaald met gezagsdrager, *parental responsibilities* met gezag, *parenting arrangement* met ouderschapsarrangement en *parenting time* met ouderschapstijd.

³⁸ S. 37(1) FLA. Bij het vaststellen wat in het belang van het kind is moeten alle behoeften en omstandigheden van het kind worden betrokken. S. 37(2) FLA bevat een lijst met behoeften en omstandigheden die in ieder geval moeten worden meegewogen.

³⁹ s. 39(1) FLA.

⁴⁰ s. 39(3)(a) FLA.

⁴¹ s. 39(3)(b) FLA.

⁴² s. 39(3)(c) FLA.

⁴³ s. 50 FLA. Dit kon onder de oude wetgeving (*Family Relations Act*) wel, maar de mogelijkheid om *guardianship* aan een niet-ouder toe te kennen is in de FLA aan de rechter voorbehouden (s. 50 en s 51 FLA) om de veiligheid van het kind te waarborgen door te zorgen dat een rechter overzicht houdt in alle gevallen waar een niet-ouder *guardianship* willen

belang van het kind is, ook als er al twee of meer gezagsdragers zijn.⁴⁴ Ook bestaat voor een persoon die geen juridisch ouder is de mogelijkheid om met de gezagsdragers een omgangsregeling overeen te komen.⁴⁵

De gezagsdragers kunnen met elkaar afspraken maken over de uitoefening van het gezag. Deze afspraken worden echter pas bindend indien ze met zicht op een scheiding zijn gemaakt.⁴⁶ Het uitgangspunt bij gezag is dat elke gezagsdrager alle onderdelen van het gezag mag uitoefenen ten opzichte van het kind in overleg met de andere gezagsdragers, tenzij dit in de gegeven omstandigheden onredelijk of ongepast is.⁴⁷ Gezagsdragers kunnen afspreken van dit uitgangspunt af te wijken in die zin dat een of meerdere gezagsdragers alle of bepaalde onderdelen van het gezag uitoefenen⁴⁸ of dat ze in deze gezamenlijk of apart van elkaar kunnen handelen.⁴⁹ Gezagsdragers zijn vrij in het invullen van hun ouderschapsarrangement, waarbij het belang van het kind echter de enige leidende factor mag zijn.⁵⁰ De FLA geeft in s. 40(4) aan dat er geen presumptie is dat een specifiek ouderschapsarrangement in het belang van het kind geacht wordt te zijn, waarbij expliciet wordt aangegeven dat er **geen** presumptie is dat (a) het gezag evenredig over de gezagsdragers moet worden verdeeld; (b) dat ouderschapstijd evenredig over de gezagsdragers moet worden verdeeld; (c) of dat beslissingen door gezagsdragers gezamenlijk of apart moeten worden genomen. Voor de meerouderschapsgezinnen betekent dit dat alle juridische ouders gezag hebben, tenzij ze iets anders afspreken en dat ze grote vrijheid hebben bij het invullen van dit gezag met elkaar. Bij de invulling worden partijen wel geacht het belang van het kind als enige overweging aan hun arrangement ten grondslag te leggen, maar de vraag of een ouderschapsarrangement in het belang van het kind is, komt pas echt aan de orde wanneer er een conflict ontstaat tussen de gezagsdragers en partijen hun geschil aan de rechter voorleggen.⁵¹

Rond een scheiding kunnen de gezagsdragers een overeenkomst sluiten met betrekking tot de volgende onderdelen van hun ouderschapsarrangement: (a) de toedeling van het gezag; (b) en de ouderschapstijd.⁵² Een dergelijke overeenkomst is bindend wanneer deze is gemaakt na een scheiding of met het oog op een scheiding.⁵³ Een schriftelijke overeenkomst kan bij de rechtbank worden neergelegd en wordt daarmee afdwingbaar als ware het een rechterlijke beslissing.⁵⁴ De overeenkomst wordt daarbij niet standaard door de rechter op het belang van het kind getoetst. De rechtbank moet de overeenkomst (of onderdelen daarvan) echter aanpassen of terzijde schuiven *op verzoek van een van de partijen*, wanneer deze niet in het belang van het kind blijkt te zijn.⁵⁵

3.2.2. Vragen bij de regeling omtrent meerouderschap

Wat in het licht van de vergaande erkenning van bestaande gezinsvormen in de FLA opvalt, is dat een regeling waarbij een vrouwenpaar met een mannenpaar het juridisch ouderschap kan delen, ontbreekt. In een dergelijk geval is *of* geboortemoeder met haar partner en de biologische vader juridisch ouder op grond van variant a *of* is de geboortemoeder met de beide mannen juridisch ouder op grond van variant b. In dat laatste geval is het wel noodzakelijk dat de partner van de

hebben met betrekking tot een kind (*Guidance document Ministry of Justice Part 4 - Care and time with children, on section 50*).

⁴⁴ s. 51(1) FLA.

⁴⁵ S. 58 (1) FLA.

⁴⁶ s. 44(2) FLA.

⁴⁷ s. 40(2) FLA.

⁴⁸ s. 40(3)(a) FLA.

⁴⁹ s. 40(3)(b) FLA.

⁵⁰ s. 37 FLA.

⁵¹ s. 44(4) FLA.

⁵² s. 44 FLA.

⁵³ s. 44(2) FLA.

⁵⁴ s. 44(3) FLA.

⁵⁵ s. 44(4) FLA.

geboortemoeder niet heeft ingestemd met het zelf worden van juridisch ouder. Waarom een dergelijke regeling ontbreekt, is niet duidelijk. Er is een duidelijke drang in de FLA om het juridisch ouderschap te beperken tot drie of - in het uitzonderlijke geval dat er zowel een eicel- als een zaaddonor betrokken is bij het tot stand komen van het kind - vier juridische ouders. Dit betekent dat wanneer een vrouwenstel en een mannenstel samen kinderen willen krijgen en opvoeden, een van hen buiten de boot zal vallen wat het juridisch ouderschap en het gezag betreft. Voor de vierde opvoeder bestaat geen mogelijkheid om juridisch ouder te worden en het gezag kan enkel via de rechter worden verworven.⁵⁶

Daarnaast is het opmerkelijk dat een geboortemoeder wel met haar partner en een biologische vader overeen kan komen dat ze alle drie juridisch ouder worden en gezag zullen dragen, maar dat ze niet met de biologische vader overeen kunnen komen dat hij enkel gezag zal dragen en geen juridisch ouder wordt. De reden dat het toekennen van gezag aan een niet-ouder is voorbehouden aan de rechter is gelegen in de bescherming van het kind, maar dit speelt blijkbaar niet bij juridisch ouderschap.⁵⁷ Het lijkt er sterk op dat de regeling met betrekking tot juridisch ouderschap expliciet is toegespitst op nieuwe gezinsvormen terwijl de regeling van het gezag is toegespitst op reguliere gezinnen en ouderschap na scheiding.⁵⁸

4. De status van de gemaakte afspraken

4.1 De draagmoederschapsovereenkomst

De voor de conceptie opgestelde draagmoederschapsovereenkomst schept geen verplichting voor de draagmoeder om het kind af te staan na de geboorte aan de wensouder(s), evenmin als een verplichting voor de wensouder(s) om het kind in hun gezin op te nemen. In geval van conflict kunnen wensouder(s) of draagmoeder zich tot de rechter wenden in het kader van een procedure omtrent het vaststellen van juridisch ouderschap (*declaration of parentage*).⁵⁹ Daarbij is de toestemming gegeven in de overeenkomst om als draagmoeder op te treden of het kind na de geboorte over te dragen niet hetzelfde als de toestemming in de zin van s.29(3)(b)(1) FLA die na de geboorte door de draagmoeder moet worden gegeven, maar mag wel gezien worden als bewijs van de bedoeling van partijen met betrekking tot het ouderschap van het kind als er een conflict ontstaat. Het belang van het kind zal hierbij zeer waarschijnlijk doorslaggevend zijn, ook al wordt dit niet expliciet als maatstaf genoemd in de bepaling met betrekking tot een dergelijke procedure.⁶⁰ Familierechtjuristen verwachten dat *'The court may have recourse to the best interests of the child test to determine parentage in such a situation, but a court may be reluctant to override the birth mother's refusal of consent.'*⁶¹ Kortom, de verplichtingen in een pre-conceptuele draagmoederschapsovereenkomst zijn niet afdwingbaar in geval van conflict en hebben alleen rechtsgevolg als zowel de draagmoeder als de wensouders na de geboorte nogmaals schriftelijk met de overdracht van ouderschap instemmen.

⁵⁶ S.B. Boyd zegt het volgende over s. 30(1)(b)(ii) FLA 'this section consecrates the importance of genetic parenthood by contemplating that only donors may be additional parents; for example the donor's partner, if one exists, could apparently not be made a parent/guardian.' S. B. Boyd, 'Equality: an uncomfortable fit in parenting law' in R. Leckey (ed) *After Equality: Family, sex and kinship*, Routledge, 2014, p. 48.

⁵⁷ Zie voetnoot 44.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld de toelichting bij s. 44 'This section provides specific rules about agreements respecting parenting arrangements. Clarifying that agreements may be made to create enforceable parenting arrangements will increase certainty and will encourage parents to use agreements to manage their affairs.' (*Guidance document Ministry of Justice Part 4 - Care and time with children, on section 44*).

⁵⁹ s.31 FLA.

⁶⁰ s. 31 FLA.

⁶¹ L. Selby (ed), *Family Law Act Transition Guide - 2014 Update* - The continuing legal education society of British Columbia (CLE BC) August 2014 Update, p. 3.54.

4.2 De pre-conceptuele meerouderschapsovereenkomst

Het is niet geheel duidelijk wat de status is van de schriftelijke overeenkomst van s. 30 FLA op grond waarvan meerouderschap kan ontstaan. Men is het erover eens dat de overeenkomst de basis vormt voor het ouderschap, maar in hoeverre deze afspraak zonder rechterlijke tussenkomst afdwingbaar is ingeval er een conflict ontstaat tussen de vrouwen en de donor, is nog (niet) duidelijk. Kan de donor met de overeenkomst in de hand naar *Vital Statistics Agency* gaan om zijn ouderschap te registreren of moet hij hiervoor naar de rechter? De *Vital Statistics Agency* zegt desgevraagd dat zij, indien de moeders niet langer instemmen met de registratie van de zaaddonor als ouder na de geboorte, de betreffende donor doorsturen naar de rechter en niet slechts op verzoek van de zaaddonor tot registratie overgaan.⁶² De wetgever stelt desgevraagd dat wanneer de vrouwen en de donor daartoe een pre-conceptuele overeenkomst hebben gesloten, ze alle drie juridisch ouder zijn op het moment dat het kind wordt geboren en de rechten en plichten die uit dit ouderschap voortkomen, zoals het recht op gezag en tijd met het kind en de verplichting om kinderalimentatie te betalen, afdwingbaar zijn.⁶³ Kortom, hier is onduidelijkheid over en het lijkt erop dat ingeval van conflict partijen bij de rechter zullen moeten aankloppen.

De rechter heeft in ieder geval de bevoegdheid om op grond van s. 31 FLA het ouderschap van de donor vast te stellen. De rechter zal daarbij *voor zover mogelijk* uitvoering geven aan de regels voor het bepalen van ouderschap zoals die in deel 3 van de FLA zijn vastgelegd. Welke vrijheid dit *voor zover mogelijk* de rechter geeft om van deze regels af te wijken en welke rol het belang van het kind daarbij speelt, zal in de praktijk moeten blijken. Interessant om hier op te merken is dat een overeenkomst over de uitoefening van het gezag na scheiding (vergelijkbaar met ons ouderschapsplan) die bij de rechtbank is ingeschreven, expliciet dezelfde status heeft gekregen als een rechterlijke beschikking in de FLA.⁶⁴ Een dergelijke overeenkomst kan vervolgens op verzoek van een van de partijen worden aangepast indien de overeenkomst niet in het belang van het kind blijkt te zijn.

4.3 Gezag bij meerouderschap

De afspraken die (potentiële) ouders met elkaar maken over afstamming en gezag hebben een verschillende status, schriftelijke pre-conceptuele afspraken over meerouderschap zijn in beginsel bindend, maar zulke afspraken over draagmoederschap zijn dat niet. Daarvoor is een bevestiging na de geboorte van het kind noodzakelijk. Afspraken over de verdeling en uitoefening van het gezag zijn pas bindend indien ze zijn gemaakt rondom een scheiding. De vraag rijst of er in geval van meerouderschap altijd sprake is van een 'scheiding' omdat de juridische ouders meestal niet allemaal samenwonen en hun situatie vergelijkbaar is met die van gescheiden ouders. Of dit in de praktijk zo wordt benaderd valt te bezien. Mocht dit zo zijn dan zijn de gemaakte afspraken bindend en kunnen ze in geval van conflict aan de rechter worden voorgelegd. In (vrijwel) alle bovengenoemde omstandigheden is het belang van het kind de maatstaf waaraan de rechter bij conflict toetst.

5. De *Uniform Child Status Act* en kunstmatige voorplanting

5.1 Draagmoederschap

De eerdergenoemde modelwet *Uniform Child Status Act*⁶⁵ kent ook een regeling omtrent draagmoederschap in s. 8. Groot verschil met de FLA is dat een van beide wensouders - of indien het om één wensouder gaat, de wensouder - genetisch materiaal moet hebben geleverd voor het kind

⁶² Informatie uit gesprek met de *Vital Statistics Agency*.

⁶³ Informatie uit mailcorrespondentie met een medewerker van de Civil Policy and Legislation Office, Justice Services Branch, Ministry of Justice, Victoria BC.

⁶⁴ s. 44(3) en (4) FLA.

⁶⁵ Deze modelwet is in 2010 opgesteld door de *Uniform Law Conference of Canada* en bevat een bepaling voor ouderschap na kunstmatige voortplanting, voor ouderschap na draagmoederschap en voor meerouderschap. De modelwet heeft mede als inspiratie gediend voor de FLA.

dat de draagmoeder baart en daarnaast is een rechterlijke beslissing nodig (*declaration of parentage*) om het ouderschap over te dragen. In de toelichting wordt vermeld dat de provincies kunnen afzien van de gang naar de rechter en voor een puur administratieve procedure kunnen kiezen. De eis dat er een genetische link bestaat tussen een van de wensouders en het kind is ingegeven om te voorkomen dat wensouders de adoptiewetgeving kunnen omzeilen, hetgeen zou leiden tot een inconsistente benadering van het belang van het kind.⁶⁶ De FLA stelt een dergelijke eis niet, waardoor in British Columbia de mogelijkheid bestaat dat wensouders zonder tussenkomst van de rechter juridische ouders worden van een kind dat niet uit een van hen wordt geboren en waaraan ze geen van beiden genetisch verwant zijn. Een verschil tussen adoptie en draagmoederschap in deze is wel dat bij draagmoederschap het kind is ontstaan op instigatie van de wensouders en dat bij adoptie pas na de conceptie of zelfs na de geboorte een *noodzaak* tot afstand ontstaat. Bovendien kan een stel ook door embryodonatie zonder tussenkomst van de rechter juridisch ouder worden van een kind waaraan ze niet genetisch verwant zijn. Maar dat roept blijkbaar minder vragen op omdat de vrouw die juridisch moeder wordt, het kind zelf baart.

5.2 Meerouderschap

De *Uniform Child Status Act* bevat ook een regeling voor meerouderschap. Ingevolge s. 9 (*Declaratory order respecting parentage - additional parent*) kan de rechter op verzoek het ouderschap van een extra ouder (*additional parent*) vaststellen, naast het al tot stand gekomen ouderschap van bijvoorbeeld twee moeders. Dit ouderschap kan binnen 30 dagen na de geboorte worden verzocht indien de extra ouder en de moeder en haar partner voor de conceptie hebben ingestemd met het ouderschap van de extra ouder. Bovendien moet de extra ouder genetisch materiaal hebben geleverd of de partner zijn van degene die genetisch materiaal heeft geleverd. Dit betekent dat wanneer gebruik is gemaakt van eicel- en zaaddonatie een kind tot wel zes ouders kan hebben: de geboortemoeder en haar partner, de zaaddonor en zijn partner en de eiceldonor en haar partner. Het commentaar van de *Uniform Law Conference* daarbij is dat een kind meestal drie ouders zal hebben: de geboortemoeder, haar partner en de donor.⁶⁷

6. Belang van het kind

Uit de wetsgeschiedenis van de FLA blijkt dat de wetgever in British Columbia het belang van het kind bij de ouderschapsregelingen centraal heeft willen stellen: *'The proposed changes are intended to provide a scheme for determining legal parentage, including where assisted conception is used, in a way that protects the child's best interests and promotes stable family relationships'*⁶⁸ In de regeling met betrekking tot juridisch ouderschap is de maatstaf *belang van het kind* als zodanig niet terug te vinden, bijvoorbeeld in de regeling met betrekking tot het vaststellen van ouderschap. De verwachting is echter wel dat dit belang een rol zal spelen in de te maken afwegingen door de rechter. Het belang van het kind lijkt te zijn geconcretiseerd in de bescherming en erkenning van het feitelijke gezin van het kind en het erkennen van afspraken die de betrokkenen daarover met elkaar hebben gemaakt zonder dat rechterlijke tussenkomst of goedkeuring daartoe noodzakelijk is.

Wat opvalt is dat in de regeling van juridisch ouderschap na kunstmatige voortplanting (inclusief draagmoederschap), weinig belang wordt gehecht aan genetische verwantschap tussen de potentiële ouders en het kind. De geboortemoeder staat weliswaar centraal, maar de herkomst van de zaadcel of eicel waaruit het kind is ontstaan speelt in de betreffende regelingen alleen een rol ingeval de geboortemoeder en haar partner op grond van de hierboven besproken variant a⁶⁹ met een of twee anderen juridisch ouder willen worden. Deze anderen kunnen *alleen* de zaad- en/of eiceldonor zijn.

⁶⁶ http://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_EN/Child_Status_2010.pdf, toelichting s. 8.

⁶⁷ <http://ulcc.ca/en/home-en-gb-1/86-josetta-1-en-gb/uniform-actsa/child-status-act/1371-child-status-act-2010>

⁶⁸ Ministry of Attorney General Justice Services Branch Civil Policy and Legislation Office: *White paper on Family Relations Act Reform: Proposals for a new Family Law Act*, July 2010, p.29.

⁶⁹ s. 30(1)(b)(ii) FLA.

In de eerder genoemde *Uniform Child Status Act* speelt genetische verwantschap een grotere rol. Bij draagmoederschap moet een van beide wensouders een eicel of zaadcel hebben geleverd en bij de meerouderschapsregeling kunnen alleen donoren van een eicel of zaadcel en hun partners extra ouders worden. De regeling in de FLA voor ouderschap na kunstmatige voortplanting is dus bijna geheel op de intentie om ouder te worden gestoeld en de vraag naar de genetische connectie tussen ouder en kind is aanzienlijk minder relevant. Hoe is in dit kader omgegaan met het recht van het kind om zijn ontstaansgeschiedenis te kennen, inclusief de identiteit van de personen die aan zijn ontstaan hebben bijgedragen?

In 2012 heeft de BC Court of Appeal in de zaak Pratten aangenomen dat kinderen die met donorzaad, -eicel of -embryo zijn verwekt geen recht hebben op kennis omtrent de identiteit van hun donor.⁷⁰ Bovendien bepaalt de tegelijk met de FLA in werking getreden s. 14.1 van de *Vital Statistics Act* dat uit de geboorteakte van een kind niet mag blijken dat het kind via kunstmatige voortplanting is verwekt. Via het geboorteregistratieformulier dat ouders moeten invullen om het kind aan te geven is voor het kind wel te achterhalen of het via kunstmatige voortplanting is verwekt, maar gegevens over zaad- of eiceldonoren of - in geval van draagmoederschap - over de geboortemoeder, zijn daarop niet terug te vinden.⁷¹ Het moge duidelijk zijn dat dit vanuit het recht van het kind op afstammingskennis geen acceptabele regeling is.

6. Conclusie

De wetgever in British Columbia heeft een pragmatische insteek gekozen met betrekking tot maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van gezinsvorming door nieuwe gezinsvormen juridisch te erkennen en te reguleren. Erkenning en stabiliteit van het gezin zijn daarbij de leidende belangen van het kind geweest. De FLA kent een grote mate van autonomie toe aan potentiële ouders zowel op het gebied van afstamming als op het gebied van gezag. Ze kunnen over beide onderwerpen afspraken met elkaar maken die rechtsgevolg hebben zolang er geen conflict ontstaat tussen partijen. Zolang de partijen bij deze afspraken het met elkaar eens zijn en blijven, is de inschatting van het belang van het kind aan hen voorbehouden binnen het door de wet geschapen kader. Rechterlijke toetsing van het belang van het kind komt pas aan de orde indien er een conflict tussen partijen ontstaat.

Wat voor inspiratie kan Nederland uit de regeling in de FLA putten? Ik zie in de toekomst ook in Nederland een regeling van meerouderschap met meeroudergezag en een regeling van (nationaal) draagmoederschap voor me. Kijkend naar de FLA, moeten daarbij enerzijds beslissingen worden genomen over de vraag in welke mate genetische/biologische verwantschap en juridisch ouderschap van elkaar losgekoppeld mogen worden. Daarbij moet opgemerkt worden dat deze ontkoppeling in Nederland al voor een groot deel heeft plaatsgevonden in de afgelopen jaren. Zaak is daarbij wel dat het recht van kinderen op afstammingskennis stevig in wetgeving en praktijk is verankerd en gewaarborgd. Anderzijds moeten beslissingen worden genomen over de vraag of meerouderschap en het ouderschap van wensouders na draagmoederschap tot stand komt op basis van schriftelijke afspraken die door de betrokkenen zijn gemaakt of dat ook altijd nog een rechterlijke toets moet plaatsvinden, ook wanneer er geen conflicten zijn. Het antwoord op deze vraag kan verschillen voor meerouderschap en draagmoederschap, en ook binnen die twee mogelijkheden op grond van genetische verwantschap tussen kind en potentiële ouders of de afwezigheid daarvan. Daarnaast speelt in het geval van meerouderschap de vraag wat de consequenties van juridisch ouderschap zijn voor het gezag. Is meeroudergezag alleen mogelijk als alle betrokkenen juridisch ouder zijn of moet ook een verzorger die geen juridische ouder is als derde (of vierde) gezag kunnen krijgen via overeenkomst of via de rechter?

⁷⁰ Pratten v. British Columbia 2012 BCCA 480.

⁷¹ Dit formulier kan later door het kind worden opgevraagd: <https://www.vs.gov.bc.ca/births/certificate.html>.

Met betrekking tot het meerouderschap denk ik dat de extra ouders net als in de *Uniform Child Status Act* moeten worden beperkt tot de zaad/eiceldonor en zijn of haar levensgezel, waarbij vier ouders voor mij wel het maximum is. Een maximum van drie ouders biedt, zoals hierboven met betrekking tot de FLA beschreven, geen ruimte aan vrouwenparen die samen met een mannenpaar kinderen opvoeden.⁷² In de context van meerouderschap lijkt me ouderschap van rechtswege op basis van de intentie van partijen, vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst (bij voorkeur onder begeleiding van een deskundige) een mogelijkheid. Gezag zou ook tot de mogelijkheid kunnen behoren, maar hoeft geen automatisme te zijn. Bij conflict zal de rechter moeten beslissen welke regeling het meest in het belang van het kind is.

Met betrekking tot draagmoederschap ligt dit wat mij betreft ingewikkelder door de diversiteit aan mogelijkheden bij draagmoederschap. Indien beide wensouders genetisch materiaal hebben geleverd voor de conceptie van het kind, kan ik me een systeem voorstellen (binnen Nederland) op basis van overeenkomst zonder rechterlijke toetsing indien alle partijen daarmee instemmen voor de conceptie en opnieuw na de geboorte van het kind. Omdat het hier altijd om hoogtechnologisch draagmoederschap gaat, ligt de toegang tot deze vorm van kunstmatige voortplanting in de regelingen die binnen het kader van wetgeving door de beroepsgroep zijn opgesteld. Hier is ruimte voor counseling en begeleiding van draag- en wensouders en mogelijke versoepeling van de huidige toelatingscriteria.⁷³ Een regeling van ouderschap na draagmoederschap zonder rechterlijke toetsing wordt moeilijker voorstelbaar wanneer de draagmoeder zelf de eicel heeft geleverd. De vraag is dan echter wel waar een rechterlijke toetsing uit moet bestaan, wanneer die moet plaatsvinden (voor de conceptie of na geboorte of allebei) en of die rechterlijke toetsing hetzelfde is indien (een van) de wensvader(s) het genetisch materiaal heeft geleverd of niet? Wat in ieder geval helder moet zijn is dat de regeling van draagmoederschap zodanig wordt vorm gegeven dat er zo min mogelijk risico is op inbreuk van de rechten van het kind. Die rechten bestaan uit meer dan een recht op afstammingskennis, want omvatten ook een recht op juridische erkenning van het gezin waarin het kind opgroeit; dat is een onderdeel van de identiteit van het kind. Dit vergt net als in British Columbia een pragmatisch insteek van de wetgever, waarbij erkenning en regulering van maatschappelijke ontwikkelingen niet uit de weg worden gegaan juist om de belangen van kinderen te beschermen.

⁷² Zie hierover H. Bos en M.J. Vonk, 'Duo-moederschap vanuit juridisch en ontwikkelingspsychologisch perspectief', *F&R* DOI: 10.5553/FenR/000005, augustus 2012.

⁷³ http://www.vumc.nl/afdelingen/patientenfolders-brochures/zoeken-alfabet/H/hoog_technologisch_draagmoer1.pdf